

법경제학의 동향과 쟁점

저자: 丁相朝

발행년도: 1992

문헌: 법과사회

권호: 6호 (1992년)

출처: 창작과비평사

[220]

1. 법경제학의 약사

— 오늘날과 같이 법경제학이 본격적으로 연구되고 체계화되기 훨씬 이전부터, 법과 경제가 서로 커다란 영향을 끼쳐왔고, 동서고금을 통해서 법제도는 그 시대와 지역의 경제, 사회, 정치현상이 반영되어 형성되고 변천되어 왔다. 근대적인 의미의 법학과 경제학이 등장한 이후에는 특히 법의 운용을 담당하는 사람들이 당시의 경제학이론의 영향을 받게 되어서, 법과 경제는 더욱 밀접한 관계를 가지게 된 것을 알 수 있다. 20세기에 들어와서, 특히 미국에서는 경제학적 방법론이 법제도의 검토와 분석에 본격적으로 원용되기 시작하였고, 오늘날에 와서는 경제학적 방법론에 의해서 검토될 수 있는 법제도의 범위가 아주 넓어졌다.주1) 우리나라에서도, 독점규제법의 제정과 운영에 있어서 주로 경제학자들이 중심이 되어서, 좀더 효율적인 경제를 실현하기 위한 법제도로서의 독점규제 제도를 연구하여 왔고, 그 후 법학자들을 중심으로 법조계에서도 법제도의 경제학적 검토와 분석에 많은 관심을 가지게 되었다. 본고는 체계적인 법경제학의 시조라고 할 수 있는 미국의 로널드 코스(Ronald Coase) 교수의 이론을 재조명하는 의미에서, 미국 법경제학의 약사와 이에 대한 비판 등을 간략히 소개하고, 최근 많이 시도되고 있는 저작권제도의 법경제학적 분석을 소개하고자 한다.주2)

[221]

— 우선, 본격적인 법경제학의 발전이 있기 이전에도, 경제학이론이 법원의 판결에 영향을 끼치게 된 예를 많이 볼 수 있다. 예컨대, 19세기 말까지는 경제학이론 가운데 신고전학파가 주류를 이루었는데, 그 골자는 국가의 아무런 간섭 없이 시장질서에 맡겨두면 경제는 효율적으로 움직이고 국가의 간섭은 특정 이익단체의 이익을 위해서 경제의 효율성을 희생하는 결과를 가져오게 된다는 것이다. 법원은 이러한 신고전학파 경제학이론의 영향하에서, 대규모의 자본을 모아서 효율적으로 운영할 수 있게 하는 법제도로서의 회사 설립을 되도록 용이하게 한다든지, 민간경제에서 가능하면 주정부의 개입과 간섭이 없도록 경제자유를 보장한다든지 또는 카르텔을 혐오하는 고전학파이론에 따라서 노동조합에 대해서도 극히 적대적인 판결을 내린 것 등이 그 대표적인 예이다.주3) 그러나 19세기 말에 대규모자본의 횡포

가 심각해지고, 시장질서 자체가 불완전경쟁상태하에 있음이 밝혀짐에 따라서, 국가의 개입에 의해서 시장의 경쟁질서를 회복하거나 유지하기 위한 독점규제법(Sherman Act)이 제정되고 신고전학과 경제학이론도 수정을 받게 되었다.

_ 신고전학과와 대조를 이루는 경제학파로, 독일의 로셰(W.G.F.Roscher)와 슈몰러(G.V.Schmoller)를 중심으로 한 역사학과(German historical school)가 있다. 독일의 역사학파는 재산권이나 가족과 같은 법제도에 많은 관심을 가지고 있었고, 그에 관한 법경제학적 해설을 한 바 있다. 이들은 법제도를 해설하는 데 그치고 더 나아가서 분석하고 문제를 발견하는 데까지는 미치지 못하였다. 미국의 베블렌(I.Veblen)과 그 제자 조지 스토킵(George Stocking)과 코윈 에드워즈(Corwin Edwards)를 중심으로 한 제도학과(Institutional economics)도 독일의 역사학과와 유사한 점을 많이 가지고 있는데, 특히 신고전학파의 가격이론 등에 반대하고 법과 경제제도의 구조와 변화에 많은 관심을 보였다는 점에서 유사성이 발견된다. 특히, 존 코먼즈(John R.Commons)는 미국의 사회보장법의 제정 등에 많은 영향을 끼쳤다는 점에서 미국 법제도 발전에 상당한 기여를 했다고 볼 수 있다. 미국의 제도학파는 이와 같이 기존 법학의 관념적이고 해석법학적인 방법론에 반기를 든 점에서는 기여한 바 있으나, 대부분의 경우에 기존 방법론에 대한 불평에 그치고 구체적으로 새로운 대안이나 설득력있는 결론을 제시하지 못한 점에서, 성공하지 못하고 실패한 방법론에 그친다는 비난을 받기도 한다.주4)

_ 20세기 초의 이와 같은 제도학파의 왕성한 활동은 미국의 법현실주의의 득세와 연결될 수도 있다. 법현실주의(Legal realism)는 법학자들도 사회현

[222]

실 속에서의 법의 운용과 집행에 대해서 연구해야 한다는 내용의 1920년대 법학계 운동의 하나이다. 1920년대 당시의 법학계와 법학방법론은, 법이 현실적으로 어떻게 운용되고 현실 사회 속에서 국민의 행동에 어떠한 영향을 끼치는가 등과 같이 법의 현실적인 존재모습을 관찰·분석·연구하기보다는, 지나치게 관념적이고 또한 판례를 무비판적으로 따른다는 문제점을 안고 있었다. 이러한 법현실주의로 인해서 법학을 하는 사람들도 경제학, 정치학, 사회학, 인류학, 심리학 등의 사회과학에 관한 지식을 갖추어야 할 필요가 있게 되었다. 이러한 법현실주의와 제도학파는 자연스럽게 법경제학적 방법론이 더욱 설득력있고 가치있는 방법론으로 부상할 수 있는 환경이 되었다고 볼 수 있다.

_ 30여년 전까지만 해도 법경제학은, 조세와 회사 등에 대해서 적용되기도 했지만 주로 독점규제법의 운영에 따른 문제점에 관해 적용되었다. 독점규제와 기타의 경제규제에 관한 법경제학적 연구는 많은 기여를 하면서 지난 30년 동안 독점규제뿐만 아니라 불법행위, 계약, 재산권, 형사정책 그리고 민형사분쟁해결절차 등에까지 널리 확대 적용되어왔다. 즉 1960년대 초에 나온 기도 칼라브레시(Guido Calabresi) 교수의 불법행위에 관한 경제학적 분석주5) 과 로널드 코스 교수의 사회적 비용(social costs)에 관한 이론이,주6) 그와 같이 경제학적 이론과 방법론이 각종 법률문제 일반에 널리 적용될 수 있는 기초를 제공하게 되었다. 특히, 코스교수의 사회적 비용의 이론에 의하면, 상당수의 법제도가 자원의 효율적인 배분을 확보해 주는 제도로서 이해될 수 있게 된다. 그리고 이러한 코스교수 등의 연구결과는 그 후 개리 베커(Gary Becker) 교수에 의해서 범죄, 인종차별, 결혼, 이혼, 현금 등과 같이 시장제도와 직접 관련되지 아니한 행위들에 대한 경제학적 분석으로 확대 응용되었다.

2. 법경제학에 대한 비판

— 법경제학에 대한 비판도 계속되어 왔다.주7) 첫째, 경제학자들도 인플레이션이 수반되는 경기침체와 같은 일정한 사실을 완전히 설명하거나 예측하지 못하는 상황에서 법경제학이 법제도에 관해서 더 나은 대책을 제시할 것이라고 단정할 수는 없다는 비판이 있다. 그러나 현재의 의약학(醫藥學)이 혼

[223]

히 발생하는 감기도 치료할 수 없다고 비판받지만, 의약학으로부터 얻을 수 있는 혜택도 많기 때문에 사람들이 의약학에 의존하는 것처럼, 법경제학에 의해서 기존의 법제도가 더욱 설득력있게 설명되고 좀더 효율적인 개선책이 제시될 수 있는 한 법경제학을 원용할 가치는 충분히 있다고 하겠다.

— 유사한 비판의 하나로서, 경제학은 현재까지 소득과 부의 적정환(optimum) 분배에 관한 통일된 경제이론과 같은 일련의 규범적 원칙을 가지고 있지 못하다고 하는 결점이 있기 때문에, 그러한 결점이 보완되지 않는 한 법조에서 경제학적 접근방법을 무시해도 무방할 것이라고 하는 비판도 있다. 특히, 법제도의 신설이나 개정에 있어서 배분적 정의를 고려하지 못하는 경제학적 방법론을 원용하는 것은 배분적 정의에 반하는 법제도를 합리화할 수 있어서 위험하기까지 하다고 비난한다. 그러나, 기존의 법철학에 있어서도 정의가 특정 이데올로기에 의해서 규정되거나 다수가 원하는 바에 의해서 영향받아 왔기 때문에 법경제학적 방법론이 정의의 내용이 무엇인지를 뚜렷이 밝히지 못한다고 해서 반드시 배제되어야 할 무가치한 방법론이라고 볼 수는 없을 것이다.주8) 또한, 경제학적 방법론은 특정 법제도가 어느 계층의 사람들에게 이익을 가져다주고 어느 계층의 사람들에게 손실을 부담하게 하는가를 정확히 밝혀 주고, 나아가서 일정한 법정책과 사회적 목표를 실현할 수 있는 가장 효율적인 제도가 무엇인지를 분석하는 데 커다란 도움을 준다는 점에서 그 가치를 부인할 수 없을 것이다. 또한 경제학적 방법론은 특정 법제도가 어떠한 경제적 영향을 끼치며 현실적으로 어떻게 운용되고 있는지에 대한 객관적인 평가와 분석을 가능하게 해준다는 점도 부인할 수 없다. 기존의 법제도에서 파괴되었다고 주장되는 일정한 배분적 정의가 있고 그러한 배분적 정의를 실현하기 위한 법제도를 마련함에 있어서 그러한 법제도의 효율성은 빠뜨릴 수 없는 요소이며, 그러한 효율성의 분석에 있어서 경제학적 방법론이 필요하다는 것도 부인할 수 없는 것이다.

— 법경제학에 관한 또 다른 비판의 하나는, 법제도나 그러한 법제도하에서 행동하는 사람들의 행위를 경제적인 동기에 의해서만 설명하고 파악하려고 하는 방법론에 한계가 있음을 지적한다. 특히 폭력이 수반되는 수많은 범죄들의 동기가 소득의 증대라고 하는 경제적 동기만으로 설명되기 어렵고 형벌제도가 범죄에 대한 사회적 비용의 극소화라고 하는 경제적 기준만에 의해서 분석되기 어렵다는 점이 지적된다. 여기에서도, 모든 사실을 경제적 동기만으로 설명하거나 경제적 기준만으로 분석할 수는 없겠지만, 범죄와 형

[224]

벌제도에 있어서도 경제적 동기로 설명될 수 있는 부분이 상당히 있고 경제적으로 한층 효율적인 형벌제도를 검토해 보는 것도 가치있는 연구방법의 하나임을 부인할 수 없을 것이다.

— 또한 유사한 비판의 하나로서, 법경제학이 보수적인 정치적 사상을 그 기초로 하고 있다

느니 또는 보수적인 정치적 편견을 합리화하기 위한 이론에 불과하다는 등의 비난이 있다. 그 비난의 예로서 특히 법경제학자들이 경제적으로 효율적인 범죄방지의 수단으로서 사형제도의 존치를 주장하거나 일련의 소비자보호법제도가 결과적으로는 소비자에게 더 많은 손실과 비용을 부담하게 한다고 주장하는데, 이러한 법경제학자들의 주장과 이론은 그들이 본래 가진 보수적인 정치적 편견을 경제학 이론이라고 하는 탈을 이용해서 합리화하는 것에 불과하다고 비난한다. 그러나, 이러한 비난도 항상 적절한 것은 아님을 쉽게 알 수 있다. 즉, 형사사건에 변호인의 조력을 받을 권리, 여성차별의 철폐, 시장독점의 사회적 비용 등에 관한 경제학적 분석을 통해서, 법경제학은 극히 진보적이고 자유주의적인 제도의 신설 또는 존치를 주장한 바도 있기 때문이다.

— 이와 같이 법경제학에 대해서 여러가지 비판이 일어왔는데, 이러한 비판이 비판에만 그치고, 좀더 설득력있고 유용한 방법론을 제시하지는 못하고 있는 한 비판 자체만을 기초로 해서 법경제학적 방법론을 배제해서는 아니될 것이다. 또한 자세히 들여다보면, 피의자를 법원에 의한 재판에 처하지 아니하고 형벌을 가한다든지, 아무런 보상 없이 재산을 박탈한다든지, 과실로 사고를 낸 운전자에 대해서 아무런 손해배상을 요구하지 못하도록 한다든지, 또는 부당이득을 그대로 허용한다든지 하는 등의 법학적으로 정의에 반한다고 보아서 그에 대처하기 위한 법제도를 마련하는데, 경제학적으로도 그러한 사실들은 인적 및 물적 자원의 효율적인 이용에 정면으로 반하는 것이고, 그에 대처하기 위한 법제도들은 경제학적으로 소위 효율성을 증진하는 제도에 해당되기 때문에, 많은 경우에 법학상의 정의의 개념과 경제학상의 효율성의 개념이 동일한 의미로 사용되고 있음을 볼 수 있다. 그렇지 아니한 경우에 있어서도, 법경제학이 정의 특히 분배적 정의가 무엇인가를 말하지는 못해도, 법경제학적 방법론은 특정 법제도를 객관적으로 파악하게 함으로써 해석법학에서 흔히 야기되는 지적 혼동을 방지해 주고, 특정한 내용의 정의를 실현하기 위한 특정 법제도가 얼마만큼의 사회적 비용을 치러야 할 것인지를 분명히 밝혀줌으로써 당해 법제도의 도입 및 운용에 관한

[225]

객관적 판단을 가능하게 도와준다고 볼 수 있다.

3. 코스교수의 거래비용론

— 코스교수는 자신의 사회주의 사상에 따라서, 그의 초기 명저 「회사의 성질」(The Nature of the Firm)에서 시장제도 자체에서 야기되는 비용을 강조하면서, 시장제도가 아니라 명령체계라거나 위계질서가 훨씬 더 적은 비용으로 바람직한 결과를 달성할 수 있다면 사람들은 그러한 위계질서의 하나로서 회사라거나 정부를 설립하게 된다고 설명하였다. 그 후, 코스교수는 자유주의자가 되어서 출판한 명저 「사회적 비용의 문제」(The Problem of Social Cost)에서 종전의 입장을 바꾸어서 시장제도의 이점을 강조하면서, 거래비용이 치명적으로 많지 아니한 경우에는 사람들이 자발적으로 거래에 참여함으로써 시장을 형성하게 되고, 그렇게 함으로써 위계질서 등에서 야기 되는 비효율성을 피할 수 있을 뿐만 아니라 때에 따라서 위계질서 자체가 도대체 존재하지 아니한 경우의 그 공백을 메워나갈 수 있는 것이라고 설명하였다.

— 여기에는 재미있는 것은, 55년 전에 출판된 코스교수의 저서 「회사의 성질」은 오랫동안 읽히지 않았고 환영받지 못한 데 반해서, 그로부터 25년 후에 출판된 「사회적 비용의 문

제」는 엄청난 환영을 받고 법경제학에 커다란 영향을 끼쳤다는 점이다. 상당수의 사람들이, 코스교수의 「사회적 비용의 문제」가 시장제도의 우위성을 정당화해주고 법제도라거나 기타의 명령체계가 불필요하다는 주장의 이론적 근거를 제공해주는 것으로 오해하고 있는 것 같다.

— 분명한 사실은, 시장제도와 명령체계 모두 분배적 효과를 가지고 있다는 점이다. 예컨대, 시장제도하에서 어떤 자는 더 부유해지고 다른 어떤 자는 더 가난해지며, 명령체계하에서도 어떤 자는 더 많은 권위를 가지고 다른 어떤 자는 더 적은 권위만을 가지게 된다. 물론 시장제도하에서 부는 권위를 형성하게 되고, 명령체계하에서의 권위는 부를 수반하게 된다. 현재 우리 사회처럼 시장제도와 명령체계가 혼합되어 있는 체제하에서는, 뇌물이라거나 정당에의 헌금 등과 같이 돈을 이용해서 권위체계에 영향을 끼치거나 일정한 권위를 획득하게 될 수도 있고, 마찬가지로 권위는 보다 낮은 가격

[226]

으로 일정한 부를 획득할 수 있게도 할 것이다.

— 코스이론에서 가장 핵심적인 개념인 거래비용에 관한 이론에 의하면, 만일 거래비용이 전혀 소요되지 않는다면 어떠한 법제도하에서도 사람들은 자발적인 합의에 의해서 가장 효율적인 결과에 도달하게 될 것이고, 결과적으로 법제도들은 그 기능을 상실하게 된다. 그러나 현실적으로는 상당한 거래 비용이 소요되는 경우가 많은데, 이러한 상황에서는 특정 법제도하에서 또는 법제도의 변경에 있어서 소요되는 거래비용을 정확히 산정할 필요가 있고, 거래비용이 산정되면 그러한 거래비용을 최소화하면서 사회 전체의 이익을 극대화할 수 있는 법제도를 모색할 수 있게 될 것이다. 이러한 거래비용의 개념에는 여러가지가 포함되어 있겠지만, 크게는 당사자들이 함께 모이는 데 소요되는 비용과 당사자들이 자신의 입장을 결정하기 위해서 필요로 하는 정보와 사실들을 획득하는 데 소요되는 비용 그리고 당사자들이 합의하고 필요하다면 그 합의를 문서화하는 비용 등이 포함된다. 거래비용에는 일정한 거래에 도달하는 데 소요되는 금전적 비용뿐만 아니라, 특정의 변화가 자신에게 어떠한 이익을 가져다주는지에 관한 부지(不知)와 그에 관한 정보를 파악하는 데 소요되는 시간 그리고 당해 변화의 초기에 손실을 받게 되는 자에 대한 보상의 어려움 등도 포함된다.주9) 이와 같은 거래비용은 거래의 종류에 따라서 상당한 차이가 있게 되는데, 당사자들이 자연인이고 소수인 경우와 당사자들이 단체이고 2인 이상인 경우와는 그 거래비용에 있어서 커다란 차이가 있을 것이고, 교통과 통신 및 정보망이 시대와 장소에 따라서 다르기 때문에 그에 따라서도 거래비용에 차이가 있게 됨은 물론이다.주10)

4. 저작권제도의 법경제학적 재조명

— 앞에서 본 바와 같이, 법경제학적 방법론은 독점규제법 등과 같은 경제법에만 적용되는 데 그치지 아니하고, 지난 30여 년간 그 적용대상이 확대되어 와서, 최근 저작권제도에 관한 법경제학적 분석에 있어서도 많은 논쟁과 진전이 이루어졌다. 특허법을 비롯한 소위 공업소유권법들은 기술발명을 촉진함으로써 경제발전에 기여하기 위한 법제도라는 인식이 초기부터 일반화 되어 있어서, 오래전부터 특허법제도에 관한 경제학적 분석이 많이 시도되었는데, 저작권법은 문화와 예술을 보호하기 위한 법제도이기 때문에 경제

[227]

와는 무관한 것으로 인식되어서, 미국의 법경제학자들도 최근까지 저작권제도에는 그리 큰 관심을 기울이지 않고 있었다. 그러나 저작권법도 다른 공업소유권법들과 마찬가지로 일정한 지적 노력에 대한 경제적 대가를 법적으로 확보해줌으로써 지적 산물의 창조와 생산을 장려하고, 중국적으로 경제발전을 도모하는 법이라는 점에서 소위 지적소유권법의 하나로서의 동질성을 가지고 있다는 점이 인식되고, 따라서 저작권제도에 관한 법경제학적분석이 활발해지게 되었다. 우리나라에서도 저작권법이 이미 컴퓨터프로그램을 보호하고 일정한 한도에서 데이터베이스도 보호할 수 있고 위성방송이나 케이블방송에 관한 문제해결에 중요한 법제도로써 등장하고 있기 때문에, 저작권법에 관한 기존의 인식을 다시 정리해본다는 의미에서 본고는 저작권제도의 법경제학적 분석을 시도하고 특히 코스교수의 거래비용이론을 적용해보기로 한다.

— 저작권법은 어떠한 역할을 하는가, 그리고 한걸음 더 나아가서 도대체 저작자에게 저작권을 부여해줄 필요가 있는가 하는 근본적인 문제를 생각해봄에 있어서, 저작권제도의 경제학적 분석은 가능할 뿐만 아니라 바람직하다. 우선, 경제학적인 관점에서 본 저작물의 특징은, 통상의 경제재(經濟財)와는 달리 그 한계비용이 아주 적다는 점이다. 즉, 동일한 저작물을 추가적으로 생산하는 데 소요되는 비용이 비교적 적기 때문에, 소비자의 수가 많아지더라도 총생산비는 그렇게 크게 증가하지 않게 된다. 저작물의 이러한 특징만을 고려해서, 저작물의 가격이 그 한계비용과 마찬가지로 아주 낮게 책정되어야 자원의 효율적인 배분과 이용이 이루어질 수 있다고 경제학자들은 주장할 수 있다. 그런데 여기에서 저작물의 한계비용을 계산할 때, 통상의 경제재의 경우와 마찬가지로 저작물의 추가적인 생산, 즉 추가적인 복제 및 제본에 소요되는 비용만을 기준으로 한계비용을 산정한다면 저작물의 가격이 지나치게 낮은 가격이 되어서, 누구도 자신의 독자적인 저작물을 창작하려고 노력하지 아니할 것이다. 물론 아주 헌신적인 저작자의 경우에는 아무런 보상을 염두에 두지 않고도 창작활동에 전념하겠지만, 대부분의 저작자의 경우, 특히 영리법인이 저작자인 경우에는 자신(또는 회사 자체)의 일정한 창작에 관한 노력과 자본의 투입에 대한 보상이 전혀 없다면 그러한 노력과 자본의 투입을 억제하고 장기적으로는 완전히 포기하게 될 것이다.

— 오늘날 대부분의 법학자들과 경제학자들은, 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 저작물의 창작에 좀더 많은 노력과 지식 그리고 자본과 기능 등을 투

[228]

입하도록 유인하는 인센티브(incentive)의 하나라고 본다. 즉, 배타적 권리인 저작권이라고 하는 인센티브가 주어짐으로써, 저작자들에 의해 좀더 수준높은 저작물이 많이 창작되어 나오고, 그에 따라서 나라 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전될 것이라고 보는 것이다.주11) 저작권이란 저작자로 하여금 창작물의 창작에 많은 노력과 자본을 투입하도록 유인하는 인센티브의 하나라고 보는 소위 경제적 유인이론에도 문제제는 있다. 우선, 저작권이 가장 효율적인 유인인가에 대해서, 정부기관이 저작자에게 직접 연구비를 지급하는 것이 좀더 직접적인 경제적 유인이고 저작권보다도 더 효율적인 인센티브가 아닌가 하는 견해를 생각해 볼 수 있다. 물론, 정부기관이 저작자에게 저작물의 창작을 위탁하고 그에 대해서 일정한 대가를 지급하는 대신 그 저작물에 대한 저작권을 정부기관이 취득하거나 양도받는 경우에는, 정부기관이 저작자에게 연구비를 지급하는 제도에서와 유사한 결과가 나올 것이다. 그러나 저작권이라고 하는 인센티브와 정부에 의해서 지급되는 연구비라고 하는 인센티브와는 커다란 차이가 있다. 연구비의 경우에는 지급대상인 저작물의 경제적 가치를 평가해

야 하는데, 저작물의 경제적 가치가 변할 수도 있고, 특히 정부기관은 시장상황에 친숙하지 않기 때문에 적절한 금액의 연구비를 산정해서 지급한다는 것이 불가능하다는 점이다.주12)

5. 코스이론의 저작권에의 적용

– 저작권의 존재근거를 부인하는 경제학자들은 저작물의 창작(즉 생산)과 소비도 일반 시장의 공급과 수요의 조절기능에 맡기는 것이 더욱 효율적인 자원이용을 달성할 수 있다고 주장하면서, 배타적 권리로서의 저작권을 내용으로 한 기존의 저작권제도의 폐지를 건의하기로 한다. 이러한 폐지론의 구체적인 이론전개를 보면, 저작권제도가 없더라도 저작자와 저작물 이용자 사이의 적절한 합의에 의해서 저작물 이용자가 저작자에게 일정한 비용을 지급하도록 함으로써 계속적으로 저작물이 창작될 수 있도록 할 수 있다는 것이다. 예컨대, 저작권이 존재하지 아니한 경우에도, 종로에 있는 갑이라는 영화관과 퇴계로에 있는 을이라는 영화관이 제작비용의 절반씩을 부담하기로 합의하고 병이라는 영화제작회사로 하여금 영화를 제작해서 공급해주

[229]

도록 하면, 저작권의 존부에 관계없이 영화라고 하는 영상저작물은 계속적으로 창작되고 일반공중도 저작권의 존부에 관계없이 영상저작물을 즐길 수 있을 것이라는 얘기다. 병이 특정 영화를 제작하기 위해서는 극본작가와 주제음악작곡가의 창작력을 비롯하여 배우들의 연기력과 소품 디자인 등에 상당한 자본이 투입되어야 하는데 그 총비용이 100이라고 가정한다면 갑과 을은 50씩을 부담하고 영화필름을 구입해서 관객을 모아 관람료 수입을 얻을 수 있고 그 관람료 수입도 각각 50씩이라고 가정할 수 있을 것이다.

– 자세히 들여다보면 갑과 을이 50씩 부담하는 데에도, 영화필름에 따라서 제작비용의 차이도 있을 것이고 관객수에도 차이가 있어서 관람료 수입도 다를 것이기 때문에, 갑·을·병이 구체적인 부담비용을 정하기 위해서 제작비용과 관객수 등에 관한 정보를 파악하고, 모여서 합의에 도달하는 데 소요되는 소위 거래비용도 들게 될 것이다. 그러나 당사자들이 갑·을·병의 3인에 한정된 경우에는 비교적 합의에 도달하기가 쉽고 거래비용도 적기 때문에 거래비용을 0이라고 가정해서 무시해버릴 수도 있다. 그러나 당사자의 수가 많아지면 거래비용 역시 많아지고, 거래비용이 많아짐에 따라서 당사자들이 일정한 합의에 도달하기는 더욱 어려워지게 된다. 우선 영화관이 하나 더 생긴 경우를 생각해보자. 강남의 관객을 끌기 위해서 갑이 정으로 하여금 영화관을 강남에 세우게 하고 병의 허락도 없이 영화필름을 복제해서 정이 영화관에 제공해줄 수 있다.주13) 이 경우 갑과 을로 오던 강남 관객의 상당수가 이제는 강북에 갈 필요없이 가까운 정에 가게 되기 때문에 갑과 을의 관람료 수입이 각각 50에서 40으로 줄고 정이 수입은 30이 될 수 있다. 그러면 정이 생긴 이후에 공급되는 영화필름에 대해서 갑은 40이상 지급할 수 없다고 버틸 것이고 병 제작소는 갑으로부터 40, 을로부터 50, 총합 90만을 받아서는 손해를 보게 되어 제작을 중단할 수밖에 없는 위기상황에 직면하게 된다. 이러한 경우에 합의가 이루어지지 않아서 을이 파산하거나 병이 영화제작을 중단할 수도 있겠지만, 상당한 시간이 경과하고 상당한 거래비용의 지급을 통해서, 갑이 60을 부담하기로 하고 갑은 대신 정으로부터 25가량을 받기로 하거나, 갑·을·병·정 모두가 합의에 참여해서 갑과 을은 40, 병은 20을 부담하기로 합의할 수도 있다. 이와 같이 상당한

거래비용을 치르더라도 당사자들 사이에 합의가 이루어지면 저작물은 계속적으로 공급될 것이지만, 영화관과 영화제작소의 수가 많아짐에 따라서 거래비용이 더욱 많아지고 그러면 수많은 당사자들 모두의 자발적인 합의에 의해서 저

[230]

작물 공급과 이용이 계속 유지될 가능성은 더욱 희박해질 것이다.

_ 요약컨대, 저작권제도가 존재하지 아니하는 경우에도, 저작물 이용자들의 합의에 의한 자발적인 비용분담이 있으면, 제작자는 그에 따라서 자신이 투입한 노력과 자본에 대한 보상을 받게 되고, 이용자들에 의한 비용보상이 저작물 창작에 도움이 되는 경제적 인센티브로 작용하게 된다. 그러나 저작물 이용자들이 많아지면 비용분담의 합의에 도달하는 데 소요되는 거래비용도 많아져서 심각한 장애물이 될 수 있고, 합의에 참여하지 아니한 이용자에 대한 아무런 제재조치도 없다면 각 이용자는 다수의 이용자 가운데 자신의 불참이 아무런 영향을 끼치지 아니할 것이라고 생각하게 되어 이용자에 의한 자발적인 비용보상이 거의 불가능해지고, 따라서 저작물 창작에 필요한 경제적 인센티브도 없는 상태로 될 것이다. 이와 같이 다수의 이용자를 전제로 해서, 이용자에 의한 자발적인 비용보상을 대체할 수 있는 배타적 권리가 저작권이고, 이러한 배타적 권리 자체가 경제적 인센티브이기 때문에, 저작권이 인정되어 있는 경우에는 이용자들의 자발적인 보상합의에 의존함이 없이 계속적으로 저작물이 창작될 것이다.

_ 저작물 이용자가 다수이고 따라서 저작물의 창작과 이용에 필요한 거래비용이 상당히 높은 대부분의 경우에는, 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 저작물의 창작에 자신의 노력과 자본을 투입하도록 유인하는, 현재로서는 가장 효율적인 경제적 인센티브로서 역할하고 있다고 볼 수 있다. 나라 전체의 문학과 예술 및 과학 등의 문화가 발전하기 위해서는, 수준 높은 저작물이 많이 창작될 뿐만 아니라, 그러한 저작물들이 독자와 같은 소비자들과 다른 잠재적 저작자들에게 되도록 널리 배포되고 이용되어야 할 것이다.주14) 저작물이 되도록 널리 배포되고 이용될 수 있도록 하기 위해서, 대부분의 저작권법은 아이디어 표현의 이분법이라거나 공정이용에 관한 명문의 규정들을 두고 있거나 그러한 법원칙들을 전제로 하고 있다. 아이디어/표현의 이분법(Idea/Expression Dichotomy)은 저작권에 의해서 보호되는 것이 저작물의 표현에 한정되고 그 아이디어에까지는 미치지 아니한다는 것으로서, 경쟁관계에 있는 잠재적 저작자를 포함한 일반공중이 저작권자의 허락 없이도 저작물의 아이디어를 이용할 수 있게 해주는 저작권법 원칙이다.주15)

_ 공정이용(Fair uses)은 저작권자의 이익을 크게 해하지 아니하는 한도에서 연구 등의 목적을 위해 저작물을 이용하는 것을 허용하는 것으로서, 아이디어/표현의 이분법과 마찬가지로, 좀더 많은 저작물의 배포와 그를 통한 문

[231]

학과 예술 및 과학의 발전을 가능하게 해주는 제도라고 볼 수 있다. 대부분의 경우에 공정이용의 규정에 따라서 특정 저작물이 연구 등의 대상이 되면 당해 저작물의 시장가치가 증가해서 판매총액도 증가하기 때문에 저작권자로서도 별다른 경제적 손실을 받지 아니할 수 있는데, 공정이용에 관한 규정이 없으면 저작물 이용자가 연구 등의 목적으로 저작물을 이용할 경우 그때마다 저작권자의 허락을 받아야 하기 때문에 막대한 거래비용(Transaction cost)이 소요될 수 있다. 따라서 이 공정이용제도는 이러한 거래비용을 제거해 주는 기능도 가지고 있다.주16)

_ 저작권제도에 관한 위의 설명이 시대와 사회의 변화에도 불구하고 언제나 타당한 것은 아닐 것이다. 저작물 이용자가 다수이고 따라서 저작물의 창작과 이용에 필요한 거래비용이 상당히 높은 현재로서는, 저작권이 잠재적 저작자로 하여금 저작물의 창작에 자신의 노력과 자본을 투입하도록 유인하는, 비교적 효율적인 경제적 인센티브로서 역할하고 있고, 현재로서는 저작권제도보다 더 효율적인 대안이 없을 뿐이라고 보는 것이 더 정확할 것이다. 왜냐하면 교통과 통신 및 정보처리 기술이 빠른 속도로 발전하고 있기 때문에, 문제되는 거래비용이 점점 낮아져서 더이상 심각한 장애요인으로 되지 아니하는 때가 올 수도 있고, 저작물 이용방법의 변화로 인해서 현재의 배타적 권리로서의 저작권이 상당한 제한과 수정을 받아야 할 수도 있기 때문이다. 이미 우리나라에도 성행하게 된 비디오테이프나 각종 음반의 대여 등이 일반화되고, 조만간 이루어지겠지만 대부분의 언문저작물이 컴퓨터 네트워크에 입력되어 이용자들은 그러한 데이터베이스에서 필요한 저작물을 찾아서 읽어보거나 프린트아웃의 형태로 복제할 수 있게 되면, 대여업자나 데이터베이스업자(또는 최종소비자로서의 저작물 이용자)가 저작물을 입력, 출력 또는 이용할 때마다 모든 저작권자로부터 허락을 받고 이용료를 협상하기란 극히 어렵고, 가능하다고 해도 그것은 극히 비효율적인 절차가 된다. 이러한 상황에서는 막대한 거래비용이 소요되는 복잡한 협상절차에 의존하기보다는, 판매총액 등에 비례한 일정한 이용료를 저작권자 단체 등에 지급하기만 하면(주17) 어떠한 저작물 이든 자유로이 이용할 수 있도록 하는 일종의 법정이용허락제도를 도입하는 것이 더욱 효율적이고, 이러한 이용허락제도 아래에서는 저작권의 배타적 권리로서의 성격이 유명무실하게 되는 것이다.

[232]

6. 맺음말

_ 위에서 간략히 소개한 바와 같이, 법경제학은 법과 경제의 밀접한 관련성이 반영되어 기존의 법학방법론의 한계와 문제점을 극복하기 위해서 시도된 방법론으로서, 그동안 이 법경제학적 방법론이 적용되는 법제도의 종류에 많은 확대가 이루어졌다. 법경제학의 확립과 확대에 있어서 코스교수의 이론, 특히 그의 거래비용이론이 커다란 기여를 하였음은 주지의 사실이다. 그러나 법경제학에 관한 여러가지 비판에서도 알 수 있듯이, 법경제학적 분석이 그 분석주체의 기존의 이데올로기를 정당화하기 위한 또 다른 방법으로 전락할 수도 있고, 경제학의 내재적인 한계로 인해서 법제도가 경제학적 방법으로 분석될 수 있는 범위와 그 목표에 일정한 한계가 있다는 점도 부인할 수 없다. 그러나 이러한 문제점과 한계에도 불구하고, 법경제학은 여러가지 기존의 법제도를 파악하고 설명하는 데 새로운 시각을 주었고 경제학적 관점과 방법론으로 기존 법제도에 개선 방향을 제시할 수 있다는 점에서, 그 가치가 부인될 수 없는 것이다. 이러한 법경제학이 저작권제도에 관해 기존의 인식과는 상이한 참신한 접근을 하게 해줄 수 있다고 생각되어서 위에서 간략히 저작권제도에 관한 코스이론의 적용을 소개하였는데, 필자의 준비부족으로 건강부회가 많고 허술한 소개가 되어버린 것 같아서 죄송한 마음 그지없다. 독자제현의 좋은 의견과 지도를 기대한다.

주1)

Edmund W.Kitch, "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932~1970", 26 J. Law & Econ.(1983), 163면.

주2)

필자의 경제학 지식의 부족으로 인해서 아래의 소개내용이 허술한 점을 진심으로 사과하고 앞으로 계속적으로 연구해서 좀더 체계적인 이론을 구성하도록 노력할 것을 약속한다.

주3)

Herbert Hovenkamp, Enterprise and American Law(Cambridge, Harv. Univ. Press, 1991): 105 Harv. L. Rev. (1992), 785면에서 재인용.

주4)

Herbert Hovenkamp, "The First Great Law & Economics Movement", 42 Stanford L. Rev.(1990), 993면.

주5)

Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law & Torts", 70 Yale L.J.(1961), 499면.

주6)

Ronald H.Coase, "The Problem of Social Cost", 3 J.L. & Econ.(1960), 1면.

주7)

비판의 내용은 주로 Richard Posner, The Law and Economics(New York, Little, Brown & Co., 1986), 22~36면에 기초한 것이다.

주8)

Guido Calabresi, "First party, Third party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything about Them?", 69 Iowa L.Rev. (1984), 833면.

주9)

[Guido Calabresi, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", 100 Yale](#)

[L.J.\(1991\), 1221면.](#)

주10)

[Robert C.Ellickson, "The Case For and Against ' Coaseanism'", 99 Yale L.J.\(1989\), 611면.](#)

주11)

Robert M.Hurt and Robert M.Schuchman, "The Economic Rationale of Copyright", American Economic Review, Vol. LVI(May 1966), 422면.

주12)

[Barron Yanaga, "An Economic Analysis of Computer Software Copyright: A Welfare Model of Intellectual Property Rights", 11 Computer L.J.\(1991\), 173, 178면.](#)

주13)

저작권제도가 존재하지 아니한다고 가정하면 값은 아무런 책임도 지지 않기 때문에 자유로이 복제해서 타인에게도 제공해줄 수 있다.

주14)

Stanislaw J. Soltysinski, "Legal Protection for Computer Programs, Public Access to Information and Freedom of Competitive Research and Development Activities", 16 Rutgers Computer &Tech. L. J.(1990), 447, 453면.

주15)

William M.Landes and Richard A.Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 J. Legal Studies(1989), 325, 348면.

주16)

[Wendy J.Gordon, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Precedents", 82 Columbia L.Rev. \(1982\), 1600, 1612~15면,](#) Richard A.Posner, Economic Analysis of Law(Boston, Little Brown and Co., 1986), 38면.

주17)

이용료를 받은 저작권자 단체는 그 회원 저작자들에게 다시 일정한 비율로 이용료를 분배해 줌으로써 저작권자는 간접적으로 보상을 받게 된다.